

O falso dilema que existe sobre a lei do aviso prévio proporcional

A Constituição Federal, no artigo 7º, XXI, abrigou o aviso prévio, dando-lhe o status de direito social fundamental dos trabalhadores, colocando-o proporcional ao seu tempo de serviço, como instrumento de combate aos malefícios causados pela alta rotatividade da mão de obra no país. Além de estabelecer o prazo mínimo de 30 dias de aviso prévio para todos os trabalhadores urbanos e rurais, o dispositivo constitucional instituiu, sendo neste aspecto uma norma inovadora, a proporcionalidade do prazo do aviso ao tempo efetivo de serviço do empregado na mesma Empresa, com critérios a serem definidos, todavia, através de lei ordinária complementar.

A idéia de implantação do aviso prévio proporcional pelos constituintes, não chegava a ser uma novidade, pois existem normas em diferentes países para aumentar o tempo do aviso para trabalhadores, exclusivamente, na proporção de sua antiguidade.

Diante da lacuna constitucional, em 13 de outubro último foi publicada a Lei 12.506 de 11/10/11, originária do PL 3.941/89, de iniciativa do Senado Federal, e autoria do Senador constituinte Carlos Chiarelli. Com mais de 20 anos dormitando em comissões e gabinetes da Câmara dos Deputados, os congressistas só acordaram quando o STF, abandonando a linha inicial de declarar a notificação de mora legislativa nesta matéria, resolveu, em hodierno ativismo judicial, criar uma fórmula para a proporcionalidade do aviso prévio nos julgamentos em curso.

A postura assumida pela Corte de efetivar a ampliação do prazo da notificação da dispensa de empregados era plenamente justificável. Nos 23 anos que nos distanciam da publicação da CF, não faltaram críticas à conjugação da inércia do legislador com a limitação interpretativa jurisprudencial cristalizada na OJ 84 do TST, colocando a proporcionalidade inexoravelmente dependente de legislação regulamentadora. Precisou o STF cogitar da normatização, tal como fez com o direito de greve dos servidores públicos, para que, finalmente, o PL fosse posto em votação na Câmara.

O instituto do aviso prévio está previsto na CLT desde a década de 50. O artigo 487 consolidado exige a notificação prévia da rescisão do contratual por empregados e empregadores, prescrevendo, nos incisos I e II, os prazos de 8 ou 30 dias conforme a modalidade de pagamento de salário (diário, semanal, quinzenal e mensal) ou, ainda, em qualquer caso, de 30 dias, para empregados com tempo de serviço superior a 12 meses na mesma Empresa. O próprio autor do PL no Senado, Carlos Chiarelli, como participante ativo do processo constituinte, revelou que a intenção da norma do inciso XXI não foi alterar o sexagenário aviso prévio da CLT, mas fulminar o prazo fixado segundo a forma de pagamento do salário, estabelecendo uma duração, no caso de dispensa do empregado, proporcional ao seu tempo efetivo de casa, mantendo, ademais, os 30 dias já previstos no compêndio trabalhista como prazo mínimo.

Valorizar a permanência do trabalhador no emprego e servir como elemento inibidor da rotatividade no trabalho era a meta do legislador constituinte, não sendo possível dissociar qualquer leitura que se faça da diminuta Lei 12.506/11 do que restou consagrado na Constituição Federal, notadamente, a sua inserção como direito social fundamental dos trabalhadores.

A lei ordinária é simples, enxuta e adequada no cumprimento do papel que lhe foi atribuído, qual seja: definir o critério que não foi previsto na CF. Como o inciso XXI tratou, única e exclusivamente, da proporcionalidade do aviso como um direito dos trabalhadores com vínculo de emprego, mantiveram-se íntegras a bilateralidade e as condições para a concessão do aviso prévio. Os incisos, I e II, do artigo 487, da CLT incidentes nos contratos rescindidos pelos empregadores, todavia, foram derogados (art.2º, §1º da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC) em face da sua incompatibilidade com o inciso XXI, do art. 7º, ficando mantidas todas as demais disposições da CLT (art.2º, §2º da LICC), inclusive nas hipóteses da dação do pré-aviso pelo empregado ao empregador (pedido de demissão).

A lei, por sinal, manifesta, com rigor literal, a quem se destina à concessão do aviso prévio proporcional: "AOS EMPREGADOS que contem com até 1 ano de serviço na mesma empresa (art. 1º e parágrafo único da lei 12.506)". Súmulas e Orientações Normativas sobre o tema, de igual forma, permanecem válidas. Julgamos que há, portanto, um falso dilema, respeitadas as opiniões em contrário, no sentido de que a proporcionalidade deva ser aplicada, também, aos pedidos de dispensa pelo empregado, pelo princípio da reciprocidade (bilateralidade do aviso).

A Lei 12.506/11 não revogou o artigo 487 (caput), nem derogou o princípio da reciprocidade. Da mesma forma que o empregador deve avisar o empregado da rescisão imotivada do contrato com antecedência mínima, o empregado também deverá notificar o empregador, quando houver intenção de rompê-lo sem justo motivo. A inalterabilidade do princípio da reciprocidade, contudo, não nos permite concluir que a ampliação do prazo do aviso prévio, pela proporcionalidade, é uma garantia social ou um direito fundamental assegurado aos empregadores. Não foi esta a finalidade social da norma constitucional e teses, em contrário, estariam afrontando o "caput" do artigo 7º da Constituição, o disposto no próprio o artigo 1º da Lei, e nem estariam adequadas aos princípios básicos e elementares do direito do trabalho.

Outro falso dilema que vem sendo colocado neste cenário de dúvidas sobre a aplicação da Lei 12.506, diz respeito à contagem do tempo de serviço. A Constituição Federal garantiu o prazo mínimo de 30 dias de aviso para os trabalhadores, sem qualquer restrição, sendo auto-aplicável neste aspecto. Antes da regulamentação legal, os incisos: I e II, do artigo. 487, já haviam perdido eficácia e, por isto, trabalhadores com menos de 12 meses de casa, independentemente da modalidade de pagamento de salário, passaram a contar com o direito incontestado da notificação prévia de 30 dias.

O artigo 1º da Lei 12.506, de forma harmoniosa e coerente com a Constituição, diante da ausência de qualquer limitação ou condicionamento do direito aos 30 dias (e ao intérprete é vedado restringir, quando a lei não restringe), fez iniciar a contagem do tempo de serviço, levando em conta que os empregados com até 1 (um) ano de serviço (com menos de 12 meses de trabalho), já teriam o direito aos 30 dias mínimos assegurados pelo inciso XXI, do artigo 7º, da CF.

A ampliação em 60 dias, no máximo, perfazendo o total de 90 dias de aviso prévio, prevista no parágrafo único, do artigo 1º da Lei 12.506, deverá incidir a cada ano de efetivo trabalho do empregado, ficando garantido aos que trabalharam durante um ano na mesma empresa 33 dias de aviso (os 30 mínimos + 3 dias por ter completado um ano), e assim, sucessivamente, crescendo-se 3 dias para cada ano de serviço completo.

A redução da jornada em duas horas diárias durante o período do aviso prévio trabalhado (art. 488 da CLT), deverá se adequar à ampliação do prazo em até 60 dias. Manter a redução da carga horária em duas horas diárias durante o aviso, ou se utilizar da faculdade de faltar pelo número de dias correspondentes, quando não houver a redução da jornada, sem prejuízo do salário, ademais de compatível com o dispositivo constitucional, é impedir o desvirtuamento desta norma, porque destinada a permitir que o empregado, durante o período do aviso, tenha realmente a possibilidade de buscar uma nova colocação no mercado.

Por fim, é certo que a Lei de Introdução ao Código Civil não permite a retroatividade das leis, devendo ser respeitado o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (art. 5º da CF). Há que se diferenciar, entretanto, vigência, efeitos (aplicação) e alcance das normas, sendo que, em regra, as leis do trabalho têm pronta eficácia jurídica, aplicando-se de imediato aos contratos em curso, por serem, em geral, normas de ordem pública. Os trabalhadores, desde 5/10/1988, tinham o direito ao aviso prévio proporcional nas rescisões contratuais injustas.

Ocorre que a efetivação deste direito assegurado constitucionalmente somente se tornou possível com a publicação da lei 12.506, de aplicação imediata, consecutivamente, alcançando todas as situações jurídicas formadas antes e depois da sua edição e publicação (13/10/11). É conclusão que se extrai do § 1º, do inciso LXXVIII, do artigo 5º, da CF, sobre a aplicação imediata dos direitos e das garantias fundamentais.

O que se discute, aqui, é o alcance da norma jurídica complementar que definiu o critério da proporcionalidade e a eficácia direta e imediata do direito (social e fundamental) já conferido aos trabalhadores em 5/10/88. Se a irretroatividade é um fator de segurança jurídica nas relações privadas, a constitucionalização do direito do trabalho conferiu maior efetividade aos direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores, dando segurança ao cidadão de que as situações mais vantajosas asseguradas, ainda que de forma abstrata, na Constituição, depende da intervenção estatal incluindo o poder judiciário.

Defendemos que o alcance da Lei 12.506/11 se estende aos contratos rescindidos e as diferenças que deixaram de ser pagas aos trabalhadores poderão se exigidas judicialmente, respeitado o prazo prescricional de dois anos contados da extinção do contrato.

Leis que proporcionam benefícios à classe trabalhadora sempre provocam, num primeiro momento, reações negativas do empresariado. São, porém, inaceitáveis, as campanhas orquestradas sobre a ausência de clareza da Lei, a ponto de se defender, paradoxalmente, a necessidade de regulamentação de uma norma que nasceu “regulamentadora”.

Os altos custos advindos da Lei 12.504 alardeados pelo empresariado nacional, não correspondem ao quadro real de elevada rotatividade no emprego, provocado, principalmente, pela ausência de normatização de outro direito fundamental, o da garantia de proteção contra a dispensa arbitrária como valor social do trabalho. A Firjan, em matéria divulgada na imprensa, antes da publicação da lei, já advertia que as Empresas teriam um prejuízo de bilhões e estimularia a informalidade, como consequência natural do enfraquecimento da própria política de geração de novos postos de trabalho.

Contudo, não é difícil constatar que poucos trabalhadores se beneficiarão com a ampliação da duração do aviso prévio no seu prazo máximo de 90 dias (empregados com 20 anos ou mais de serviço). Alguns empresários sequer vislumbraram que apesar de ser um benefício social, o aviso prévio proporcional tem conteúdo mercadológico no qual prevalece a lógica capitalista de que quanto mais tempo o empregado permanece na empresa, quanto maior for o seu rendimento e produtividade, maiores serão, também, proporcionalmente, os benefícios trabalhistas, em contrapartida.

No debate que se travou no STF sobre a matéria, podemos concluir que a definição legislativa acabou sendo tímida, se comparada às posições assumidas pelos Ministros da Corte Superior. A lei acabou se revelando ser mais vantajosa que a intervenção judicial e os empregadores saíram no lucro. Qualificar trabalhadores, mantendo-os nos postos de trabalho, como reconhecimento do princípio da continuidade da relação de emprego, e combater as causas que elevam os índices de rotatividade da mão de obra no país, adotando-se regra impeditiva de rescisões contratuais imotivadas, significam progresso social e econômico.

É o que se espera de uma nova visão do direito do trabalho numa democracia participativa; de um estado moderno que se assume como agente regulador das relações de trabalho; e de um empresariado consciente do seu papel social neste contexto. As tormentosas dúvidas que começaram a aparecer, aqui e acolá, nos parecem irreais e descontextualizadas. Servirão apenas, para engrossar o enorme volume de ações judiciais trabalhistas, reflexo de uma história de embates sociais marcados pela dominação e opressão, bem como de uma cultura que não conseguiu se libertar, até agora, das amarras do atraso, cismando em manter os desequilíbrios profundos que persistem nas relações capital/trabalho no Brasil.

Date Created

14/12/2011